

# 平行进口的合法性问题刍议

杜晓帆

(厦门大学 法律系,福建 厦门 361005)

**[摘要]** 平行进口产生的原因在于生产成本和消费水平在两国之间产生的价差。平行进口的合法性争议产生的根本原因在于传统贸易与新兴的知识产权贸易之间发生的冲突。权利利用尽原则是支持平行进口的理论基础;地域性原则是反对平行进口的理论支柱。平行进口对于消费者来说,一方面使其在同一知识产权但不同来源的商品产生判断和选择上的困难,另一方面将使其获得物美价廉的产品,对进口商来说可获巨大利益,而对于知识产权人无疑是一种灾难。我国应明确规定禁止平行进口,但在不损及知识产权人利益和不影响市场经济秩序的条件下,个别情况的平行进口可以作为例外。

**[关键词]** 平行进口;知识产权;权利利用尽原则;地域性原则;专利权;商标权;进口商;市场秩序

**[中图分类号]** D912.21 F741.1 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1004-5295(2000)02-0092-04

所谓“平行进口”,是基于知识产权的地域性特点而产生的一种特殊问题,即在国际货物买卖中,一国未被授权的进口商,在某项知识产权已获进口国法律保护并且知识产权人已在该国自己或授权他人制造或销售其知识产权产品的情形之下,从国外知识产权所有人或其被许可人手中购得该产品并输入该国销售的行为。以专利权为例说明,有甲乙两国,甲国专利权人A,许可乙国厂商B生产其专利产品并在乙国销售,C作为甲的进口商,购买了B的产品并进口至甲国进行销售,或者说C作为乙国的进口商购买了A在甲国销售的产品,并进口至乙国进行销售,C的这种行为就称为平行进口。平行进口又称灰色市场进口,原因在于其货物与黑市交易的货物不同,前者是真品,后者是假货或盗窃、走私的货物。随着我国经济和国际贸易的发展,以及我国加入世贸组织,平行进口问题会逐步突出。本文拟对这一问题进行分析,并提出我国的对策。

## 一、原因分析

1 平行进口产生的原因分析。平行进口产生的原因主要有:其一是由于一国生产成本低,某项知识产权产品在进口国本国的价格高于其在另一国同种产品的价格。其二是因一国的消费水平低,市场对价格的承受能力低,这样就会使投机者们进口那些在国外生产并在国外市场上出售的商品,然后按低于本国正常物价的价格销售于本国市场,从其差价中谋取利润,从而形成所谓的平行进口。

2 平行进口合法性争议产生的原因。针对平行进口这一行为是否合法,一国知识产权人是否享有进口权,即是否有权限制同一知识产权产品的进口问题,国内外学者们争论不已。实际上,这一问题根本原因在于传统的货物贸易与新兴的知识产权贸易之间发生了冲突。以知识产权为标的的知识产权贸易和以承载知识产权的有形载体物为标的的货物贸易之间在性质、内容、产生的后果和法律依据上均有所不同,但货物的贸易又必然包含着货物上承载的知识产权的转移,正是这二者之间

**[收稿日期]** 2000-02-27

**[作者简介]** 杜晓帆(1978-),女,福建龙岩市人,厦门大学法律系硕士研究生,从事国际经济法学研究。

既不同又交叉的特点使两类贸易间潜在的冲突明朗化。同时随着知识产权国际保护的加强,尤其是几个知识产权公约的签订,使得知识产权人可以通过便利的途径在很多国家同时取得保护,而世界贸易又日趋自由化和一体化,平行进口行为与知识产权保护之间的冲突也就愈演愈烈。

二、理论背景分析

平行进口与知识产权保护之间的冲突涉及到知识产权领域的两个基本原则的冲突——权利利用尽原则和地域性原则的冲突。

1 权利利用尽原则是支持平行进口的理论基础

权利利用尽原则,又称权利穷竭原则,其基本含义是经知识产权人及其授权的人许可而生产的知识产权产品,在第一次投放市场后,权利人即丧失了对它的控制权,其权利被认为用尽。凡合法地取得该产品的人只要不将其用于侵犯知识产权人的专用权,即可以自由地使用、转卖、处置该知识产权产品。权利利用尽原则是为了平衡知识产权人专有权所产生的负面效应而设置的,其主旨是对知识产权人的权利加以必要的限制,以免产生过度垄断,阻碍产品的自由流通。它在商标权和专利权领域得到广泛认可,在版权领域也有体现。按照这一原则,只要商品的首次销售得到了知识产权人的许可,以后的任何转售均不再构成对其知识产权的侵犯,由此推论出平行进口不构成对知识产权的侵犯。

2 地域性原则是反对平行进口的理论支柱

地域性原则又称独立性原则,是指依据不同国家的法律产生的知识产权是相互独立的,不依赖于其他国家的法律。迄今为止,除知识产权一体化进程极快的地区(如欧盟等)之外,专利权、商标权、版权这些传统的知识产权均只能依一定国家的法律产生,并只能在其依法产生的地域内有效。在专利权领域,各国有权依照本国的法律规定,决定对专利申请是否授予专利权,不受其他国家对该专利申请是否授予专利权的约束。商标权亦如此。这就是《巴黎公约》确立的商标独立原则和专利独立原则,在版权方面,《伯尔尼公约》虽然实行的是“自动保护原则”,但对版权的保护均须依照“权利要求地法”,而不应依赖“作品来源地法”。总之,根据这一原则,各国知识产权法的内容存在很大差异,保护的期限、范围和方式均有所不同,因此,依不同法律产生的知识产权理应是相互独立的。平行进口则是对国内有关知识产权人所享有的依国内法取得的知识产权的侵犯。

这两个原则均是知识产权领域的基本原则,但又相互冲突。支持平行进口和反对平行进口的学者们各自以其作为自己主张的依据。事实上,后来学者们又分别根据自己理论的需要对这两个原则作了进一步的补充。例如,持反对平行进口观点的学者认为,权利利用尽原则与地域性原则实际上并不矛盾。权利利用尽也仅仅指的是权利在一国内用尽,而不是在国际用尽,因此知识产权人对于国外进口的产品其权利并未穷竭,仍可主张平行进口侵犯了其知识产权。而主张支持平行进口的学者则认为,这两个原则是知识产权法的两个并行的重要原则,在过去的几十年里,地域性原则占据了主导地位,但是,随着自由贸易和世界经济一体化发展进程的加快,消除利用知识产权等设置的贸易壁垒也成为各国的一致呼声,权利利用尽原则将发挥越来越大的作用,因此,平行进口须获得应有的法律地位。

三、世界各国及国际公约的立法实践分析

各国立法实践各不相同,在专利权领域,各国态度比较明确,因为相对而言,专利权有更严格的地域性特征,即专利权人只能在赋予其专利权的国家按其权利要求书和该国的法律享有权利。但是,对驰名商标及版权等的保护有时则具有普遍性的特征。各国的专利法一般都规定了专利权人的进口权,作出规定的如英国 1977 年专利法,瑞典 1967 年专利法,日本和德国亦有此类规定。各国专利法虽未明确赋予专利权人进口权,但也表明了其禁止专利品平行进口的态度。有关的国际公约,也大部分明确规定了专利权人的进口权,如《巴黎公约》第 5 条之 4,《TRIPs 协议》第 26.28 条。但也有不同做法,如欧盟成员国内部之间允许其专利产品的平行进口。1975 年卢森堡公约是欧盟国

家的一个专利公约,其目的就在于消除欧盟内的企业公平竞争的障碍和商品自由流通的障碍

事实上,平行进口问题大多数发生在商标领域,因为商标权没有专利权那么严格的地域性。对于商标领域的平行进口问题,各国存在重大分歧,有相当一部分国家法律没有涉及其合法性问题,如法国。有些国家立法则对于平行进口采取反对态度,例如韩国 1973 的商标法第 36 条第 2 款,挪威 1973 年商标法第 4 条即作此规定。美国 1992 年 9 月 21 日关税法案第 526 条则表明美国原则上是禁止平行进口的,但其判例也表明有某些例外。而一些欧洲国家则允许带有商标货物的平行进口,如英国商标法第 4 条第 3 款的规定,而奥地利早在 1970 年 Agfa Gevaert Gmbh v. Ceshark 案之后转而允许平行进口。日本则在 1970 年 Parker(派克)商标一案后转而认为平行进口问题与商标保护的地域性原则无关,对平行进口问题更多的是从竞争法的角度视其是否构成不正当竞争,以此判断其合法性。与商标权有关的一些国际公约,如《巴黎公约》《商标注册马德里协定》,甚至于《TRIPs 协议》都未明确提及平行进口问题,但区域性条约,如安第斯共同市场有关商标法的规定,却允许平行进口。

在版权领域,各国做法也不相同,但多数国家从版权的地域性考虑,对版权作品的平行进口采取禁止态度,如澳大利亚版权法第 37-38 条,美国 1976 年版权法第 602 条,但美国立法及判例同时表明仍存在某些例外情况。此外,瑞典及我国台湾地区均有此类规定。国际公约中只有《保护录音制品作者防止未经授权复制其制品公约》明确保护了版权人的进口权,《罗马公约》则仅限于保护复制权,《伯尔尼公约》《世界版权公约》及《TRIPs》均未有规定。

#### 四、经济分析

综上所述,在平行进口问题上,学者们的理论各异,各国的立法实践也不一致。实际上,不论是允许平行进口,还是禁止平行进口,其最终目的都是要促进产业发展并达到知识产权人的利益和社会公共利益的均衡与协调。可以说各国的立法都是在这一基础之上,考虑到本国国情和政策的需要,在各种利益关系中寻求一个均衡点。例如,美国之所以很大程度上支持平行进口是非法的,是因为美国作为世界上最大的技术输出国和最开放的市场,禁止平行进口可以有效地保护本国的知识产权人和防止国外的技术受让方返销产品占领其市场。

平行进口从微观看至少涉及到知识产权人、进口商、消费者三方的利益,如果平行进口行为是发生在知识产权的被许可人所在国,则还涉及知识产权的被许可人尤其是独家经销商的利益。

从消费者角度看,一方面平行进口可能使购买者对同一知识产权但不同来源的商品产生判断和选择上的困难。如果转口商品存在质量缺陷,而又没有标示出商品来源,购买者就会因为无从识别而蒙受损失。另一方面,平行进口产生的原因在于同一商品在国外比国内的价格低许多,因此当产品质量相同时,平行进口将使消费者得到物美价廉的产品。

从进口商立场看,他们所销售的产品是经过产地国的版权人同意的合法产品,其行为在不考虑知识产权保护情况下,从货物贸易角度看是完全合法的。而进口商利用国内外同一商品的差价,也许还凭借了知识产权人或其被许可人的先期投资和劳动,如大量的广告宣传、建立的优良信誉等,以此获取巨额利润。

从知识产权人及其被许可人角度看,平行进口无疑是一种灾难。它造成大量的廉价同类产品涌进国门,使得他们根本上无法收回开发或受让知识产权所支付的巨额前期投资,对此虽然知识产权人或其被许可人也可以采取一些对策,如强调产品质量担保和售后服务,但这些措施在低价的强大冲击下,显得苍白无力。另一方面,就知识产权人而言,或许直接受到平行进口损害的只是他在某国的被许可人。但从长远看,必将危害到其本人的利益。被许可人在其先期投资无法收回,预期利润无法实现的情况下,往往不愿继续与知识产权人订立许可协议,最终将影响知识产权人权利的实现。同时,由于平行进口导致的市场和价格混乱,很容易使知识产权人丧失市场。

五、我国的对策

(一)我国当前的立法状况

我国目前除专利权外,对于平行进口尚缺乏明确的法律规定。在知识产权法方面,依据《专利法》第 11 条规定,专利人被授予专利权后,除法律另有规定外,专利权人有权阻止他人未经专利权人许可以生产经营为目的进口其专利产品或者进口依照专利方法直接获得的产品。该规定赋予专利权人进口权,从而也排除了平行进口。但我国商标法、著作权法对于商标、版权平行进口问题尚无直接规定。

在竞争法方面,按照我国反不正当竞争法的立法宗旨,不正当竞争行为被定义为“损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”。分析平行进口产生的负面效应,其行为确有不正当竞争的属性,但从我国反不正当竞争法所规制的具体不正当竞争行为看,平行进口又无法包含在其中任何一种行为之中,即反不正当竞争法没有可以直接适用于平行进口的具体规定。

此外,国务院虽于 1995 年 7 月 5 日发布了《知识产权海关保护条例》,规定凡侵犯中国法律、行政法规保护的知识产权的货物禁止进出口,但该条例只涉及进出境货物管制的程序问题,而并未明确平行进口是否侵犯了知识产权人的权利。

(二)立法的必要性及对策

就我国目前而言,由于我国拥有相对低廉的劳动力,生产成本低,产品国内价格不至过高,故而平行进口所可能获得的差价,还不足以刺激外国制造的商品以平行进口的方式在中国转售。实际上,从我国的进出口业务看,平行进口主要是发生在出口营销而不是在进口贸易中。我国国内存在着大量三资企业生产的产品,其中相当一部分被出口到包括外国知识产权人所在国在内的国际市场。这部分出口很可能被他国以平行进口为由禁止,因此对平行进口问题进行研究并明确各国有关立法规定是十分必要的。同时,随着中国的入世、贸易自由化的发展和对知识产权保护力度的增强必将使得平行进口问题更加突出。因此,我国在立法上明确规定平行进口问题是十分必要的。

从我国当前形势看,在权衡各种利益关系,决定对平行进口应作何种规定时,至少应考虑三方面因素:

1 贸易自由化的趋势。随着市场经济的进一步发展和中国加入世贸组织,中国对外贸易必然向全球化和自由化发展,消除各种贸易壁垒,促进贸易自由化,虽然路阻且长,但是大势所趋。

2 保护知识产权的必要性。对知识产权的保护同样也是促进经济、技术进一步发展的基础和动力,从而促进产业的发展。

3 。一方面因为损害知识产权人利益会打击他们的积极性,从而不利于产业的进一步发展。

、,最终阻碍经济的稳定发展。即使是以消除贸易壁垒为最终目的的世贸组织,也不可避免地一方面在《TRIPs 协议》,

从而禁止专利产品的平行进口,另一方面在商标和版权领域,却采取不置可否的态度,留待各国立法自行决定。

,我国应明确规定禁止平行进口。

,个别情况的平行进口可以作为例外。

[参考文献]

[1] .试论版权贸易与货物贸易中的平行进口问题 [J].学海,1998,(4).  
[2] .知识产权的法律保护 [M].北京:中国政法大学出版社,1995.  
[3] .平行进口与知识产权保护之冲突及其法律调控 [J].政法论坛,1999,(3).  
[4] .平行进口法律问题研究 [J].政法论坛,1999,(3).

[责任编辑:赵连志]